

LA PARTICIPACIÓN DEL MENOR EN L'ELECCIÓN DEL MODEL DE GUARDA EN CAS DE RUPTURA DELS SEUS PROGENITORS FORA DEL I EN EL PROCÉS CIVIL

Susana Navas Navarro
Catedràtica de dret civil

*Universitat Autònoma de Barcelona*¹

Resum

En aquest article s'analitzen els criteris que estableix el legislador català per a l'atribució de la guarda dels fills en cas de ruptura de la convivència dels seus progenitors, tenint especialment present l'opinió del menor. Com a conclusió es proposa la participació efectiva del menor en el procés civil.

Paraules clau: menors, drets dels menors, custòdia compartida, potestat parental, procés matrimonial.

THE PARTICIPATION RIGHT OF MINORS CONCERNING THEIR CUSTODY IN THE CASE OF THEIR PARENTS' DIVORCE OUTSIDE OF AND IN CIVIL PROCEDURES

Abstract

This article reviews the criteria established by the Catalan legislator concerning the attribution of the custody of children in the case of the divorce of their parents, especially bearing in mind the views of the minor. In conclusion, we propose the effective participation of the minor in the civil process.

Keywords: minors, minors' rights, joint custody, parental authority, matrimonial proceedings.

1. Aquest text forma part de la ponència que l'autora va presentar en la jornada organitzada per la Comissió de Dones Juristes de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona el dia 26 d'abril de 2013. Forma part dels projectes de recerca 2009SGR221 i DER2010-17949. L'autora agraeix a la senyora Marina Castells el seu ajut en relació amb l'adaptació del text a la guia d'estil d'aquesta revista.

1. INTRODUCCIÓ

La perspectiva del legislador català a l'hora de regular el model de guarda del menor en cas de ruptura dels seus progenitors és la de l'adult que ha de decidir el model de guarda sota el qual els fills menors viuran, ja siguin els guardadors els propis progenitors o bé l'autoritat judicial.² Això significa que el menor té una intervenció mínima en la decisió sobre el model de guarda al qual romandrà sotmès, malgrat que el mateix legislador ha establert en l'article 211-6.2 del Codi civil de Catalunya (CCCat) el dret del menor a ésser informat i escoltat abans de prendre una decisió que afecti directament la seva esfera personal o patrimonial. Aquest dret d'audiència és present en l'article 7 de la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència (LDOIA),³ el qual es refereix a qualsevol assumpte que afecti el menor, és a dir, tant directament com indirectament, d'acord amb l'article 9 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, modificació parcial del Codi civil i de la Llei d'enjudiciament civil (LOPJM),⁴ i l'article 12 de la Convenció de les Nacions Unides Sobre els Drets dels Infants, que va ratificar Espanya mitjançant l'Instrument de 30 de novembre de 1990 (CNUDI).⁵ En efecte, en la pràctica, si els progenitors es posen d'acord respecte del model de guarda, la majoria de cops no informaran el menor, no li demanaran la seva opinió o bé l'informaran quan la decisió ja s'hagi pres i la seva opinió no tindrà cap influència, amb la qual cosa menystenen, d'aquesta forma, la capacitat de voler i entendre del mateix menor. Si l'audiència és judicial, en cas d'inici d'un procés matrimonial,⁶ la Llei d'enjudiciament civil (LEC) només estableix la imperativitat d'aquesta audiència quan el procés és contenciós i si el menor té dotze anys (art. 770.4 LEC); no l'estableix si el procés és de mutu acord o amb el consentiment de l'altra part. En aquest segon cas es deixa a la decisió de l'autoritat judicial donar audiència al menor, llevat que ho demani alguna de les persones que l'article 777.5 LEC esmenta. La intervenció, doncs, del menor en

2. Respecte de la perspectiva «adult paternalista» amb la qual el legislador en general regula totes les matèries i institucions que tenen a veure amb els menors d'edat, l'autora d'aquestes línies ja ha tingut l'oportunitat de pronunciar-se. Vegeu Susana NAVAS NAVARRO, «Los derechos del menor en las familias reconstituidas», a Sergio NASARRE AZNAR, Reyes BARRADA ORELLANA i Martín GARRIDO MELERO (dir.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia en el libro 2º el Código civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2010, p. 618-627.

3. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* (DOGC), núm. 5641 (2 juny 2010).

4. *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 15 (17 gener 1996).

5. BOE, núm. 313 (31 desembre 1990).

6. La disposició addicional cinquena de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya (DOGC, núm. 4686 [5 agost 2010]), estableix en el seu apartat primer que els processos judicials relatius a ruptures de parelles estables s'han de tramitar d'acord amb els preceptes de la LEC en matèria de processos matrimonials. Per tant, al llarg d'aquest treball, quan utilitzem l'expressió «procés matrimonial» s'han d'entendre compresos en aquesta també els relatius a ruptures de progenitors que afecten fills no matrimonials.

el procés civil és mínima. A la pràctica, però, en cas de procés de mutu acord, l'autoritat judicial sol aprovar les mesures establertes en el conveni regulador i, en concret, el model de guarda decidit sempre que en els seus principis no sigui contrari a l'interès del menor. Això fa que el jutge no comprovi si, efectivament, el model de guarda funcionarà, si el menor està d'acord amb les decisions preses pels seus progenitors i si aquests han informat i escoltat la seva opinió abans de prendre la decisió sobre el model de guarda. El jutge tampoc no comprova si els progenitors, en funció del model de guarda escollit, tenen les facultats competencials per a complir d'acord amb aquest model i com aquest afectarà el benestar del menor.

Si es tracta d'un procés contenciós, l'opinió del menor, quan se l'hagi d'escoltar, serà un criteri més, entre d'altres, que caldrà tenir present a l'hora d'adoptar les mesures prèvies, provisionals o definitives (art. 233-11.1e CCCat). Ara bé, no és ni el criteri prioritari ni un criteri al qual s'hagi de donar una consideració especial.

Segons la darrera estadística oferta pel Consell General del Poder Judicial per al 2012 en relació amb separacions, divorcis, nul·litats de matrimonis i decisions judicials sobre guarda, custòdia i aliments de fills menors, pel que fa a les parelles de fet que van posar fi a la seva convivència estable, ingressades en els òrgans judicials a Catalunya hi va haver més separacions judicials consensuades que no pas contencioses. En efecte, les primeres van ser 883 i les segones 312. En cas de divorci, els consensuats pràcticament són el doble que els litigiosos: 13.979 divorcis consensuats i 7.211 divorcis contenciosos. També hi va haver 27 nul·litats matrimonials. Pel que fa a les mesures adoptades en relació amb fills no matrimonials, la diferència és mínima entre els processos consensuats i els processos contenciosos, si bé és lleugerament a favor d'aquests darrers: 2.760 no consensuats i 2.686 sí consensuats. Ara bé, quan es tracta de la modificació de mesures ja preses en un procés anterior, crida l'atenció el fet que hi hagi el doble de modificacions contencioses que de consensuades. Així, hi ha 3.910 modificacions no consensuades i 1.576 que sí que ho van ser.⁷

La conseqüència és, doncs, que, per bé que disminueix la litigiositat, hi ha més casos en què no s'escolta el menor. Com més ruptures consensuades, menys possibilitats d'escoltar l'opinió dels fills menors i menys efectivitat real i pràctica dels seus drets.

Tanmateix, s'ha de tenir present que, segons les estadístiques aportades per l'Institut Nacional d'Estadística (INE)⁸ per a l'any 2011, ja que l'Institut d'Estadística de Catalunya (IDESCAT) no té dades actualitzades a l'efecte que ens interessa, l'edat de la dona quan neix el primer fill és de 34-40 anys, la mitjana d'edat per a contreure un primer matrimoni és de 31 anys per a la dona i 33-34 per a l'home, i la separació

7. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Informes_estadisticos/Informes_periodicos/ci.Datos_de_Nulidades_Separaciones_y_Divorcios_ingresadas_en_el_cuarto_trimestre_de_2012.formato3>. Data de la consulta: abril 2013.

8. <<http://www.ine.es>>. Data de la consulta: abril 2013.

judicial, la nul·litat del matrimoni o el divorci sobrevenen, generalment, quan s'han viscut 10-15 anys de matrimoni (la mitjana de durada del matrimoni és de 15,68 anys), la qual cosa significa que els cònjuges tenen entre 42-45 anys d'edat i que tenen fills d'entre 8 i 12 anys d'edat, que presenten ja un cert grau de maduresa i poden expressar les seves opinions de forma bastant acurada, per la qual cosa poden participar activament en les decisions sobre el model de guarda i tenir una visió més o menys nítida de la seva situació personal i dels seus interessos.

D'altra banda, el fet que el menor només doni la seva opinió representa un grau de participació mínim, ja que l'adult que l'escolta en pot prescindir. La valoració del benestar i l'interès del menor no es fa des de la perspectiva del menor, sinó des de la del mateix adult. És ell qui considera què és millor per al menor.

El legislador garanteix, doncs, una participació mínima del menor, tot i que la LDOIA, seguint la CNUDI, sembla, en els seus principis, que aspirava a una participació més àmplia i, sobretot, òptima. Almenys d'aquesta forma es manifesta en el seu preàmbul (§ I), on, a banda de recordar aquest instrument internacional i la LOPJM, es considera necessària la transversalització dels drets dels menors en totes les àrees que els afectin —per tant, també en els diferents àmbits jurídics—, s'incideix en el fet que els menors d'acord amb llur capacitat poden exercir per ells mateixos els seus drets i s'afirma que és un fet inimaginable dictar normes que afectin els menors sense tenir presents els seus drets. Totes les lleis esmentades destaquen, nogensmenys, que l'interès «superior» del menor és prioritari en les decisions que es prenguin (art. 211-6.1 CCCat, 3 CNUDI, 5.1 LDOIA i 2 LOPJM) sobre qualsevol altre interès legítim que pugui concórrer.⁹

En aquest treball volem reflexionar sobre els criteris que ha recollit el legislador i que els adults (apartat 2) poden tenir presents en el moment de decidir la guarda del menor. Per a això distingirem els progenitors de l'autoritat judicial, en funció del supòsit en el qual ens trobem, i farem referència, en cada cas, a la participació del menor en l'elecció del model de guarda al qual restarà sotmès. Posarem això en relació amb el model de guarda presentat pel mateix legislador. En darrer terme farem una pro-

9. Michael FREEMAN, «Disputing Children», a Michael FREEMAN (ed.), *Family values and family justice*, Surrey, Ashgate, 2010, col·l. «Collected Essays in Law», p. 469. Per la seva banda, Shazia Chiudry i Helen Fenwick replantegen el principi de l'interès del menor entenent que l'operador jurídic ha de comparar els interessos en conflicte posant-los en un mateix nivell d'igualtat i ha de prendre les decisions que millor resolguin el problema, i si aquesta decisió significa que s'ha de prioritzar l'interès de l'adult, així ho ha de fer (Shazia CHIUDRY i Helen FENWICK, «Taking the rights of parents and children seriously: confronting the welfare principle under the Human Rights Act», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, núm. 3 (2005), p. 453-492). Tanmateix, si els interessos en conflicte tenen un pes similar, existeixen raons suficients per a prioritzar l'interès del menor per sobre de l'interès de l'adult. En efecte, com afirma John Eekelaar, «children are the innocent victims of the way the adults have conducted their lives. Therefore the need to weigh the respective interest according to the principle of proportionality must result in the children's interests being privileged, or prioritized, over the others» (John EEKELAAR, *Family law and personal life*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 161).

posta de possible participació efectiva del menor en defensa i representació dels seus interessos fora del i en el procés civil (apartat 3).

2. ELECCIÓ DEL MODEL DE GUARDA PER PART DE L'ADULT

Els adults que decideixen el model de guarda del menor són, en primer lloc, els progenitors del menor i, en segon lloc, l'autoritat judicial (subapartat 2.1). El menor és exclòs d'aquesta decisió, com veurem posteriorment. Tampoc no participa en aquesta elecció el mediador, en cas que s'hagués iniciat un procés de mediació.¹⁰ L'adult es basa, a l'hora de prendre la decisió, en tot un seguit de criteris (subapartat 2.2) que s'han de confrontar amb el model de guarda preferent escollit pel legislador, que és, com se sap, la custòdia compartida (art. 233-8 i 233-10.2 CCCat).¹¹ D'aquesta confrontació es poden extreure unes conclusions (subapartat 2.3) que ens aboquen a fer una proposta de participació efectiva del menor —fora del i en el procés— pel que fa a l'elecció del model de guarda en cas de ruptura dels seus progenitors; reflexions, però, que tenen un abast més general i que poden tenir el seu reflex en qualsevol procés civil que afecti un menor.

2.1. ELS PROGENITORS I L'AUTORITAT JUDICIAL

En primer lloc farem al·lusió als progenitors i després ens centrarem en l'autoritat judicial.

Els *progenitors* poden decidir, de comú acord o un d'ells amb el consentiment de l'altre, el model de guarda dels seus fills comuns menors d'edat que volen fer efectiu en cas de ruptura. Aquesta decisió, en principi, entra dins del seu àmbit d'autonomia decisòria i llibertat individual. I així ho considera el legislador català. La qüestió que se suscita tot seguit és en quina posició es troba el menor en aquesta situació en què es decideixen aspectes que afectaran el desenvolupament de la seva personalitat i l'exercici dels seus drets fonamentals. Abans, tanmateix, farem una breu referència als instruments jurídics que els progenitors poden fer servir per a reflectir aquesta decisió

10. Cal recordar que un dels principis que inspiren l'actuació de la persona mediatadora és el de la imparcialitat i la neutralitat (art. 6 de la Llei 15/2009, del 22 de juliol, de mediació en l'àmbit del dret privat [LMDP], DOGC, núm. 5432 [30 juliol 2009]).

11. No obstant això, es pot afirmar que la doctrina establerta pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) és que, malgrat la bondat de la custòdia compartida, s'ha d'aplicar el model de guarda que es consideri més adient per a salvaguardar l'interès del menor. Vegeu les sentències del TSJC de 31 de juliol de 2008 (RAJ 2009/643), 5 de setembre de 2008 (RAJ 2009/1449), 25 de juny de 2009 (RAJ 2010/2369), 8 de març de 2010 (RAJ 2010/4018), 16 de desembre de 2011 (RAJ 2012/2766), 6 de febrer de 2012 (RAJ 2012/5922) i 26 de juliol de 2012 (RAJ 2012/10031), entre d'altres.

respecte del model de guarda. Després concretarem els possibles criteris que poden tenir en compte per a prendre la decisió.

Els instruments jurídics que es poden fer servir per a reflectir la decisió sobre el model de guarda poden ser: un pacte en previsió d'una ruptura futura (art. 231-20 CCCat), un pacte amistós de separació (art. 233-5 CCCat), un acord de delegació o distribució de funcions de la potestat parental (art. 236-11.3 CCCat), un acord de mediació (art. 233-6.6 CCCat) i un conveni regulador (art. 233-2.1 CCCat). El contingut d'aquest acord entorn del model de guarda s'ha de manifestar en el «pla de parentalitat» (art. 233-9 CCCat), on es palesen les actuacions materials concretes que signifiquen exercici de les responsabilitats parentals, les quals formen part del contingut de la potestat parental i es corresponen amb els deures i les obligacions que tenen a veure amb la guarda o cura del menor (art. 236-17.1 CCCat).

L'autoritat judicial intervé, amb la finalitat que ens interessa, de dues formes: la primera és controlant els acords dels progenitors sobre el model de guarda quan es presenten per a la seva aprovació judicial i la segona és decidint ella mateixa el model de guarda quan no ho fan aquells, ja sigui perquè no s'han posat d'acord des de l'inici de la ruptura i, per tant, s'ha iniciat un procés contenciós per a demanar mesures prèvies, provisionals (art. 233-1 CCCat) o definitives (art. 233-4 CCCat), ja sigui perquè el pacte no ha passat l'escrutini judicial i els progenitors no es posen d'acord per a modificar-lo i presentar-lo de nou per a l'aprovació judicial (art. 233-10.2 CCCat), o bé en cas de modificació contenciosa de les mesures, ja siguin les establertes en el conveni regulador o en la sentència de mesures definitives (art. 233-7 CCCat). A més, com diu l'article 233-11.1 CCCat, els progenitors poden presentar el seu propi pla de parentalitat,¹² on han de proposar un model de guarda concret amb totes les actuacions d'aquesta, que detalla l'article 233-9 CCCat, propostes que pot tenir en compte l'autoritat judicial.

2.2. CRITERIS D'ATRIBUCIÓ DE LA GUARDA DELS FILLS

El legislador català no ha establert una llista de criteris específics per a guiar la decisió dels progenitors a l'hora d'establir el model de guarda dels seus fills en cas de ruptura, però aquests criteris es poden extreure de l'article 233-11 CCCat, el qual dóna uns criteris orientadors que l'autoritat judicial «cal que tingui en compte» quan sigui ella qui hagi de decidir el model de guarda en cas de desacord dels progenitors, per bé que no representen una llista tancada i que l'autoritat judicial els ha de ponderar en

12. Reyes BARRADA ORELLANA, «El plan de parentalidad», a Sergio NASARRE AZNAR, Reyes BARRADA ORELLANA i Martín GARRIDO MELERO (dir.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, p. 713.

cada cas concret.¹³ Així, els criteris de l'article 233-11 CCCat poden tenir un abast més general, malgrat que de la interpretació sistemàtica de la secció segona («Cura dels fills») del capítol III («Els efectes de la nul·litat del matrimoni, del divorci i de la separació judicial») es pot deduir que són criteris dirigits a l'autoritat judicial, i els progenitors els poden tenir presents quan decideixen de comú acord el model de guarda i posteriorment elaboren un pla de parentalitat. Són criteris, segons l'apartat II del preàmbul de la Llei del llibre segon del CCCat), «amb què es pot perfilar millor aquest interès [el del menor] en relació amb les circumstàncies del cas concret, especialment quan cal establir com s'exerceixen les responsabilitats parentals sobre els fills menors després de la ruptura matrimonial o de la convivència estable de parella, però també en el desenvolupament de la potestat parental o de la tutela». Per tant, sembla que la voluntat del mateix legislador és que aquests criteris tinguin aquest abast més general.

Ara bé, els progenitors «poden» tenir-los presents i, en canvi, l'autoritat judicial «ha de» tenir-los presents (l'art. 233-11.1 CCCat diu «cal tenir en compte»). Són criteris que, quan correspon a l'autoritat judicial ponderar-los, es tenen en compte en els supòsits que el procés s'hagi iniciat de forma contenciosa, perquè si es fa de mutu acord o l'ha iniciat un progenitor amb el consentiment de l'altre, aleshores es presenta un conveni regulador amb un pla de parentalitat on s'estableix un determinat model de guarda dels fills menors d'edat, i l'autoritat judicial acostuma a aprovar-lo, llevat que, al seu parer, hi hagi alguna estipulació «extravagant». Nosaltres entenem que, des de la perspectiva del menor i la protecció dels seus drets, aquests criteris, o almenys alguns d'aquests, poden ésser d'aplicació també en processos matrimonials no contenciosos. Així, també en aquests processos l'autoritat judicial podria demanar informes pericials respecte de les capacitats intel·lectuals i afectives dels progenitors vers els fills i a l'inrevés. D'aquesta forma s'asseguraria, dintre del que fos possible, que el menor estigués sota la guarda de progenitors, tots dos o un d'ells, que realment tinguessin present el benestar del menor. No es tracta tant d'immiscir-se en l'esfera privada dels progenitors com de tenir presents d'una forma efectiva els drets dels menors. La perspectiva que hauria d'adoptar el jutge és la d'aquests, i no tant la dels adults progenitors.

Els criteris que exposa l'article 233-11.1 CCCat s'han classificat, en aquest treball, en funció del moment temporal al qual fan referència.¹⁴ En aquest sentit, hi ha criteris que miren la situació passada, és a dir, abans d'iniciar-se el procés matrimonial, i que tenen present tant la situació abans de la ruptura com la situació després

13. En aquest sentit es pronuncia la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) de 6 de febrer de 2012 (RAJ 2012/5922).

14. Vegeu els criteris que apunta Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Criterios de atribución de la custodia compartida», *Indret*, any 2010, núm. 1, extrets de la jurisprudència de les audiències provincials i del Tribunal Suprem (TS) (sentències del TS de 8 d'octubre de 2009 i 7 de juliol de 2011) i que, en la seva gran part, coincideixen amb els criteris que aquí exposarem i que han tingut presents el legislador català i el TSJC. Així, aquest darrer els apunta en la STSJC de 6 de febrer de 2012 (RAJ 2012/5922).

d'aquesta (subapartat 2.1); i n'hi ha d'altres que consideren el moment en què s'inicia el procés (subapartat 2.2). Nosaltres, però, n'hi hem afegit un altre que resulta de la realitat pràctica de les ruptures matrimonials o de la convivència estable. Juntament amb aquest es troba el criteri que té en compte «l'opinió del menor», que es pot referir tant a la situació passada com a la present o futura, abans d'iniciar-se, quan s'inicia i un cop iniciat el procés matrimonial. És per això que l'esmentarem en darrer terme, com un criteri independent respecte dels altres (subapartat 2.3). Amb dades obtingudes sobretot del passat i menys del present es prenen decisions respecte al futur dels progenitors, però, sobretot, respecte al dels fills menors d'edat.

2.2.1. *Criteris que tenen present la situació dels progenitors i dels fills abans d'iniciar-se el procés matrimonial*

El primer criteri consisteix en «la vinculació afectiva entre els fills i cadascun dels progenitors, i també les relacions amb les altres persones que conviuen a les llars respectives» (art. 233-11.1a CCCat). La vinculació afectiva comporta determinar amb quin dels dos progenitors s'ha establert el vincle més segur,¹⁵ que pot ser amb la mare, que és qui ha estat al seu costat sobretot els primers mesos de vida,¹⁶ o pot ser amb el pare, que ha estat fora de la llar familiar treballant però que ha representat un model per al menor,¹⁷ tot i que, en aquest darrer supòsit, malgrat que el vincle afectiu proporciona seguretat al menor, resulta difícil creure que una custòdia compartida amb l'altre progenitor o exclusiva d'aquest beneficiï realment el menor i no acabi resultant més aviat en contra dels seus propis interessos.

Aquest és un criteri, d'altra banda, que resulta difícil de calibrar pels mateixos progenitors, tot i que es poden basar en l'opinió d'algun expert, com ara un psicòleg. La seva apreciació serà sempre subjectiva. A la pràctica, els progenitors que en fase de ruptura o després d'aquesta necessiten el suport psicològic pertinent, no acostumen a anar-hi per a valorar la relació afectiva dels seus fills amb ells mateixos, la qual cosa es dóna per feta, i encara menys la que tenen amb les seves noves parelles i amb els fills no comuns. En aquests darrers casos, la vinculació afectiva del progenitor amb la seva

15. Robert F. KELLY i Shawn L. WARD, «Allocating custodial responsibilities at divorce. Social Science Research and the American Law Institute's Approximation Rule», *Family Court Review*, vol. 40, núm. 3 (2002), p. 359.

16. En el dret nord-americà, aquesta atribució de la custòdia a la mare es coneix amb el terme *primary care taker presumption*. Vegeu, en aquest sentit, Robert J. LEVY, «Custody law and the ALI's principles: a little history, a little policy and some very tentative judgements», a Robin FRETWELL WILSON, *Reconceiving the family: A critique on the American Law Institute's Principles of the Law of family dissolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 70-71; i Jana B. SINGER i William L. REYNOLDS, «A dissent on joint custody», *The Modern Law Review*, vol. 47 (1988), p. 520-521.

17. Richard A. WARSHAK, «Punching the parenting time clock: the approximation rule, social science and the baseball bad kids», *Family Court Review*, vol. 45 (2007), p. 600 i seg.

nova parella acaba competint, si no ho fa ja des del primer moment, amb la vinculació afectiva amb el seu propi fill.

Aquest criteri també és difícilment apreciable per l'autoritat judicial, sobretot si es presenta un pla de parentalitat comú a ambdós progenitors, en cas d'un procés iniciat de mutu acord, en què l'autoritat parteix de l'acord dels progenitors i no sol esbrinar res més. Sovint el conveni regulador o l'acord de distribució o delegació de funcions de la potestat parental (art. 236-11 CCCat) és acceptat pel jutge sense comprovar quin dels dos progenitors es troba vinculat més afectivament amb el menor, li dóna més seguretat i seria més idoni per a ésser titular de la custòdia del menor. En aquest cas, doncs, es faria necessari recórrer a dictàmens pericials dels especialistes per a poder ponderar el tipus de vinculació que té el menor amb cadascun dels progenitors i amb les persones (sobretot, les sobrevingudes) que viuen a la llar familiar.¹⁸ De fet, l'apartat tercer de la disposició addicional sisena del llibre segon del CCCat permet que els jutges sol·licitin l'informe o el dictamen pertinent dels especialistes, com serien els psicòlegs, o la intervenció de l'equip tècnic del jutjat, i no ho constreny al procés contenciós, sinó que reconeix que també es pot demanar en un procés iniciat de mutu acord, per a poder esbrinar si hi ha anomalies de conducta que poden perjudicar les relacions familiars i les relacions personals entre els subjectes involucrats, sobretot si hi ha nous nuclis familiars on el menor s'ha d'integrar, i així poder comprendre millor l'entramat de relacions personals. L'article 770.4 LEC (art. 282 LEC) estableix que el jutge pot ordenar d'ofici les proves que estimi necessàries referents als fets dels quals depenen els pronunciaments sobre mesures que afecten els fills. Aquest informe o dictamen que esmentem podria ser una d'aquestes proves.

El precepte que comentem estén la ponderació d'aquesta vinculació afectiva a les altres persones que convisquin a les respectives llars. Per tant, té en compte no només la presència de germans o avis, sinó, com acabem d'esmentar, la de parelles dels respectius progenitors i la dels possibles fills que aquestes tinguin. En aquest punt, la pregunta seria: *quina rellevància té el fet que no hi hagi una vinculació afectiva amb la parella o els fills de la parella del progenitor que demana la custòdia compartida o exclusiva?* És a dir, si dels informes tècnics resulta que la relació entre el menor i la parella del progenitor, o entre el menor i els fills de la parella del progenitor, és de mala qualitat, la qual cosa es considera que perjudica el desenvolupament normal de la personalitat del menor, la decisió que s'ha de prendre és, doncs, negar la custòdia exclusiva?, atorgar-la compartida?, negar el règim de visites?, i si ho portem a l'extrem, suspendre l'exercici de la potestat parental? I si la manca de vinculació afectiva és amb les respectives parelles dels dos progenitors, què fem amb el menor?, demanem que la Generalitat es faci càrrec de la seva tutela? En definitiva, es pot donar una contraposició d'interessos en-

18. Antonio VIDAL TEIXIDÓ, «Comentario al art. 233-11 CCC», a Encarnación ROCA TRIAS i Pascual ORTUÑO MUÑOZ, *Persona y familia: Libro II del Código civil de Cataluña*, Las Rozas (Madrid), Sepín, 2011, p. 878.

tre els interessos del fill menor i els dels progenitors que conviuen amb una altra parella; àdhuc entre els d'aquesta i els seus fills amb els del mateix menor. Qui defensa els interessos del menor?, el jutge, que és una figura imparcial?, el ministeri fiscal, que defensa l'ordre públic i l'interès general? I el temps que han passat els menors en companyia d'aquest progenitor amb el qual no existia un vincle afectiu o era molt feble, o en companyia de les respectives parelles dels progenitors i els seus fills per una decisió dels seus progenitors no valorada per l'autoritat judicial, o la decisió presa per aquesta mateixa, si ha causat danys als menors —danys morals, sobretot, però també podrien ser materials—, són objecte de rescabament? En teoria sí, però qui defensa els interessos del menor? Sembla que per a aquesta tasca s'hauria de nomenar un defensor judicial (art. 224-1 CCCat). Aquesta institució de protecció de la persona, com proposem en el darrer epígraf d'aquest estudi, pot tenir un abast més general. La representació i defensa del menor per un tercer independent, que no sigui el ministeri fiscal, podria ser la solució a aquesta contraposició d'interessos.

Un altre criteri que segurament els progenitors i especialment l'autoritat judicial tindran en compte és l'*exercici de les responsabilitats parentals que es portava a terme abans de la ruptura* (arg. ex art. 233-11.1d CCCat).¹⁹ Això implica tenir present el temps que cadascun dels progenitors ha dedicat històricament a la cura dels fills i quines tasques efectivament portava a terme i com pot continuar portant-les a terme en el futur. Es tracta dels assumptes relacionats amb la vida diària del menor i dels quals s'havia ocupat un progenitor concret. En efecte, en la realitat de les famílies, els progenitors acostumen a fer una distribució de les seves responsabilitats parentals i estableixen àmbits d'actuació individual o l'actuació indistinta de qualsevol progenitor, com ho permet l'article 236-8.2 CCCat, que, en la seva lletra c, admet l'actuació individual d'un dels progenitors respecte d'actes que són conformes amb l'ús social o amb les circumstàncies familiars o bé que tinguin caràcter d'urgents. Normalment es tracta d'actes que fa una persona sola. Aquesta delimitació d'àmbits d'actuació individual per a cadascun dels progenitors forma part del que l'article 231-4 CCCat considera la «direcció de la família». Aquesta delimitació d'àmbits és dinàmica, ja que depèn de les circumstàncies dels membres de la família (progenitors i menors, principalment) en cada moment. Es pot afirmar que els progenitors, durant la convivència, tenen un «pla de parentalitat implícit», acordat oralment. L'organització familiar és tan diversa com ho són els fets familiars (art. 231-1 CCCat) i depèn de l'educació, els valors, els hàbits, la religió, els rols assumits i els modes de vida dels progenitors. Així, des d'un punt de vista històric, s'haurà de tenir present si en la situació de normalitat

19. Aquesta part del treball és deutora de la meua participació en les Jornades de Dret Català a Tossa que tingueren lloc els dies 20 i 21 de setembre de 2012. Vegeu Susana NAVAS NAVARRO, «L'interès del menor i models de guarda en el llibre segon del Codi civil de Catalunya», a *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família: Materials de les Dissetenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, p. 225 i seg.

familiar els progenitors ja compartien aquestes tasques o no i si ho feien de forma més o menys equitativa o no. És molt probable que progenitors que ja compartien les decisions sobre els assumptes de la vida diària del menor siguin més proclius a acordar un model de custòdia compartida que no pas els que no ho feien abans de la ruptura, en els quals la tendència serà la custòdia exclusiva amb un règim de visites. Això no impedeix que hi hagi excepcions i que hi hagi progenitors que amb la ruptura s'adonin del que no feien abans i ho vulguin fer després. Però també és veritat que, en aquests casos, sovint es pacten custòdies compartides que després resulten impracticables i s'ha d'acabar canviant la mesura per una custòdia exclusiva amb règim de visites molt probablement amb pernocta. En definitiva, aquest criteri, a banda de permetre una revisió personal crítica del comportament dels mateixos progenitors, permet pensar en la custòdia, després de la ruptura, com el conjunt d'actuacions materials respecte de la guarda o cura dels fills comuns menors d'edat que tenen continuïtat amb el passat. I com que no sempre la guarda compartida s'ha donat abans de la ruptura, tampoc no necessàriament s'ha de donar després.

Un tercer criteri que pensa en la situació abans de la ruptura és el dels «acords en previsió de la ruptura o adoptats fora de conveni abans d'iniciar-se el procediment» (art. 233-11.1f CCCat). Els progenitors poden tenir present el que històricament havien pactat respecte del model de guarda dels fills menors i veure com aquest es pot adaptar a les noves circumstàncies familiars. Tanmateix, també pot succeir que els progenitors hagin canviat de parer respecte del model de guarda, tot i que les circumstàncies familiars no ho hagin fet o no ho hagin fet tant per a pensar en un canvi de model, i, per tant, procedeixin a una nova negociació i posin fi, per mútua dissensió, a la part del pacte que fa referència a la custòdia dels fills. Els altres pactes, sobretot els de caire econòmic, s'han de complir en els seus propis termes, llevat que les parts els modifiquin o els extingeixin, la qual cosa poden fer sempre dins de l'àmbit de la seva autonomia individual (art. 111-6 CCCat i 233-5.1 CCCat). Si no s'arriba a cap nou acord i és l'autoritat judicial qui ha de prendre la decisió respecte del model de guarda quan existia ja un pacte dels progenitors que s'aplicava en la pràctica i funcionava raonablement bé per al menor, malgrat que els pactes relatius als fills no vinculin el jutge (art. 773.1 LEC), entenem que aquest ha de fer complir el pacte. Moltes vegades, en aquests casos, la sol·licitud de canvi del model de guarda s'esdevé més per interessos propis dels progenitors que per a protegir l'interès del menor. En la decisió del jutge, aquest interès ha d'ésser el prioritari. I un canvi del model de guarda no justificat respecte del que s'havia pactat pot perjudicar el menor.²⁰ De nou, la contraposició d'interessos es fa present.

20. Aquest tema es tracta més detingudament en el nostre treball «La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código civil de Cataluña (la labor del abogado de familia)», a *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. J. M^a. Miquel*, tom II, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2014, p. 2125-2197.

En qualsevol cas, l'apreciació per l'autoritat judicial dels pactes dels progenitors respecte del model de guarda no és la mateixa si estem davant de pactes en previsió d'una ruptura futura o de pactes amistosos de separació, ja que en el primer cas s'adopten acords quan els cònjuges o convivents es troben en una situació de normalitat familiar, mentre que en el segon cas els acords s'adopten coneixent les circumstàncies del cas concret i no fent hipòtesis de futur.

Un quart criteri que poden tenir present els progenitors és a quin dels dos s'acaba *atribuint l'ús de l'habitatge familiar*,²¹ en el sentit d'intentar que els menors mantinguin l'hàbitat que fins a aquell moment tenien i satisfer d'aquesta manera, en la part que s'escaigui, el deure d'aliments envers els fills comuns (arg. ex art. 233-20.1 CCCat). El progenitor que no tingui l'ús de l'habitatge familiar normalment satisfarà el seu deure d'aliments en forma de pensió periòdica, la fixació de la qual tindrà present, a banda dels ingressos econòmics del progenitor obligat a satisfer-la, a més de les necessitats dels fills, també el temps que els menors passaran en la seva companyia, període de convivència en el qual també satisfarà les despeses pròpies d'aquesta (art. 233-10.3 CCCat).²² En aquest sentit, la necessitat de controlar la inversió de les quantitats de diners (pensions) que satisfà un progenitor a l'altre per a finançar les necessitats dels fills també determinarà en part el model de guarda, ja que és evident que, segons el model de guarda que es pacti, es tindrà més o menys control sobre aquesta inversió pel progenitor. Si les decisions són totes preses de comú acord, com en el cas d'una custòdia compartida, el control sobre la inversió de la pensió que rep un dels progenitors és més acusat que si s'acorda un model de custòdia exclusiva.²³ A banda que, en cas de custòdia compartida, la quantia de la pensió per aliments serà inferior que si es tracta d'una custòdia exclusiva, l'acord sobre la custòdia compartida és més un instrument per a satisfer una pensió per aliments inferior²⁴ i un mecanisme

21. La relació, en la pràctica, entre l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar i el model de guarda és posat en relleu per Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, «La custodia compartida alternativa», *Indret*, any 2008, núm. 2.

La STSJC de 30 de juliol de 2012 va modificar la mesura adoptada pel jutjat de primera instància respecte de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, ja que aquest era detentat a precari per mera tolerància de l'usufructuària, que era l'àvia paterna, i era nu propietari el pare de la menor, i va optar per atribuir l'ús d'un dels habitatges que els progenitors tenien en copropietat sobre la base de l'interès de la menor, atès que, en cas d'atribuir l'ús del que havia estat habitatge familiar, hi havia el risc que l'usufructuària exercités una acció en defensa del seu dret d'usdefruit i demanés el retorn de la possessió del bé en qualsevol moment, cosa que no succeiria si s'atribuïa l'ús d'un pis copropietat de pare i mare.

22. En el cas decidit per la STSJC de 12 de novembre de 2012, un dels arguments del recurs presentat pel pare era la temporalitat de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar. Considerava que aquest ús havia de ser temporal (6 anys) i no, com havia decidit el jutjat de primera instància, fins que qualsevol dels fills tingués independència econòmica. El TSJC no va entendre que hi haguessin motius suficients per a limitar l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar.

23. Margaret F. BRINIG i Francis H. BUCKLEY, «Joint custody: bonding and monitoring theories», *Indiana Law Journal*, vol. 73 (1998), p. 393 i seg.

24. La STSJC de 5 de setembre de 2008 (RJ 2009/1449) va denegar la modificació de les mesures

de control de l'altre progenitor que no pas, efectivament, un mecanisme de control del benestar del menor. L'interès per controlar l'altre progenitor pot girar-se contra el menor i el seu benestar. Així, l'interès del progenitor acaba competint amb l'interès del menor. Un altre supòsit en què aquesta competició d'interessos es manifesta és quan s'intenta obtenir la guarda compartida com a forma d'arribar a obtenir l'ús de l'habitatge familiar, si no de forma exclusiva, sí la distribució de l'ús d'aquest per períodes determinats (art. 233-20.1, incís final, CCCat). Sobre la base d'una racionalitat econòmica, els progenitors han de tenir presents les inversions de recursos fetes per cadascun en relació amb els fills durant la convivència amb ells. Aquestes inversions estaran en funció de la valoració dels fills per cada progenitor i això els portarà a voler recuperar la seva inversió després, un cop hi hagi la ruptura. És a dir: com més valoració, més recursos. Per tant, un cop sobrevingui la ruptura, més gran serà l'interès per recuperar la inversió feta i el pare que hagi invertit més en el fill s'interessarà per la custòdia exclusiva. Si les valoracions que fan els pares són més o menys iguals, la custòdia compartida es presenta com la solució més coherent amb les inversions fetes durant el matrimoni o la convivència estable i la seva recuperació posterior.²⁵

Un cinquè criteri és l'*organització personal i laboral* (arg. ex art. 233-11.1g CCCat: «els horaris i les activitats dels fills i dels progenitors») que comportarà la ruptura, ja que molt probablement aquesta implicarà canvis en l'horari laboral; per exemple, la mare que no treballava o que ho feia només de forma parcial i que, a causa de la ruptura, treballa tota la jornada. Respecte d'aquest criteri, s'ha de tenir present si un dels progenitors té una altra parella i si aquesta té fills. Això implica una nova organització de la vida personal del progenitor en què ja no queda tan clar quin interès és el prioritari: si el del menor o bé el del progenitor que vol refer la seva vida. Tenim, doncs, una contraposició d'interessos. Si fem referència a l'àmbit laboral o professional i tenint present que els horaris laborals no es corresponen, en el nostre país, amb els horaris escolars, acordar un model de custòdia compartida implicarà o bé modificar l'horari laboral, la qual cosa en el nostre mercat laboral no és gens fàcil,

proposades pel progenitor pare en relació amb la filla adolescent consistent en el fet que els progenitors s'anessin alternant l'atribució de l'ús de l'habitatge que s'havia atribuït en exclusiva a la mare i a la filla, i demanava al seu torn una reducció de la pensió per aliments que el pare satisfia a la filla. L'argument del TSJC, una mica sorprenent, era que aquesta distribució de l'ús de l'habitatge proposada era incompatible amb la guarda compartida, la qual necessàriament pressuposa una dualitat de domicilis. Amb aquest argument, la finalitat subreptícia del pare no va tenir cap fruit.

D'altra banda, el fet que va motivar la Interlocutòria del TSJC núm. 175/2012, de 17 de desembre (JUR 2013/62473), va ser el recurs amb interès cassacional en què s'impugnava la quantia, acordada per la Sentència de l'Audiència, en concepte de pensió d'aliments que s'havia de satisfer als fills, atès que s'havia acordat la custòdia compartida. El recurrent (el pare) entenia que no havia de satisfer cap pensió perquè compartia la custòdia amb la mare. Ja la STSJ de 16 de desembre de 2011 (RAJ 2012/2766) va deixar clar que el fet de compartir la custòdia dels fills menors no significa no haver de satisfer una pensió per aliments.

25. Imran RASUL, «The economics of child custody», *Economica*, vol. 73 (2006), p. 1-25.

perquè la conciliació de la vida personal i la vida laboral²⁶ no deixa encara, malauradament, de ser un desideràtum, o bé tenir un horari flexible,²⁷ com, per exemple, si es treballa a casa o es tenen determinats horaris quan es treballa a la funció pública o quan s'és autònom, per a poder fer-se càrrec dels fills comuns. I, en aquest darrer cas, els treballadors autònoms treballen la jornada completa, com els assalariats, sense que hi hagi diferències significatives.²⁸ És més, només cal que un dels progenitors no tingui aquesta flexibilitat per a què la custòdia compartida no funcioni. Per tant, la custòdia compartida implica un model laboral dels progenitors molt concret que, avui en dia, és més excepció que regla general.

2.2.2. *Criteris que tenen present la situació dels progenitors i dels fills en el moment d'iniciar-se el procés matrimonial*

El primer criteri al qual s'ha de fer esment és el recollit en l'article 233-11.1b CCCat: «l'aptitud dels progenitors per a garantir el benestar dels fills i la possibilitat de procurar-los un entorn adequat, d'acord amb llur edat». Aquest criteri es pot interpretar en el sentit que es tracta de garantir el «benestar material» del menor, és a dir, si la manca de recursos econòmics suficients com a conseqüència de la ruptura pot significar un impediment per a optar per la custòdia dels fills, ja sigui compartida o exclusiva.²⁹ Al nostre entendre, atès que el «benestar dels fills» és, segons el que prescriu l'article 1.1 LDOIA, el «benestar personal i social» que garanteixi l'exercici dels seus drets, l'assumpció de llurs responsabilitats i l'assoliment de llur desenvolupament integral (art. 5 LDOIA), es pot entendre que la ponderació de l'aptitud dels progenitors s'ha de referir no només a l'aspecte material, sinó que ha de tenir un sentit més general vinculat a la personalitat del menor i a tots els aspectes que el seu desenvolupament comporta: benestar social, personal i material (art. 6 LDOIA). Per als progenitors, constatar això esdevé molt subjectiu, però l'autoritat judicial pot comprovar quin dels dos progenitors és més apte i està més capacitat per a tenir cura

26. Vegeu, en aquest sentit, l'informe elaborat l'any 2003 per Salvador CARDÚS, *Propostes d'intervenció per a la conciliació d'horaris familiars, escolars i laborals*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Benestar i Família, 2003. És evident que, malgrat que ja han transcorregut deu anys des de l'elaboració d'aquest informe, no hem avançat en la compatibilitat d'horaris.

27. Un dels criteris que l'Audiència Provincial va tenir present per a atorgar la custòdia compartida i que va confirmar el TSJC en la Sentència de 26 de juliol de 2012 (RAJ 2012/10031) va ser que els progenitors tenien unes activitats laborals amb uns horaris que els permetien compatibilitzar la seva professió amb la custòdia compartida.

28. Vegeu l'informe de Joan Antoni SANTANA GARCÍA (coord.) i Roser FERRER RIU, Marta OLIVELLA PEDROLA, Pere CASTELL CASTELLS i David MALLAFRÈ CONESA, *Informe sobre la situació dels treballadors autònoms a Catalunya*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Consell de Treball Econòmic i Social de Catalunya, febrer 2007, col·lecció «Estudis i Informes», núm. 14.

29. Antonio VIDAL TEIXIDÓ, «Comentario al art. 233-11 CCC», p. 878.

dels menors. Respecte a aquesta qüestió, com ja hem manifestat, l'informe o el dictamen d'especialistes és important (disposició addicional sisena del llibre segon del CCCat). Aquest és un criteri que també es pot plantejar pertinent, com en el cas del criteri del vincle afectiu exposat anteriorment, que el tingui present el jutge que coneix d'un procés matrimonial iniciat de mutu acord o iniciat per un progenitor amb el consentiment de l'altre. D'aquesta forma s'evitaria l'aprovació de convenis reguladors amb plans de parentalitat sense comprovar quin dels dos progenitors és més apte i està més capacitat per a tenir cura del menor, ja que moltes vegades els menors acaben convivint amb el progenitor que els jutges o els mateixos progenitors consideren més oportú, malgrat que, si els mateixos menors haguessin pres la decisió, haurien optat per conviure amb l'altre progenitor,³⁰ o àdhuc amb un tercer com pot ser la família d'un amic.³¹ Considerem que l'article 233-11.1 CCCat, establint aquest criteri, està brindant una oportunitat a l'autoritat judicial per a prioritzar, en qualsevol supòsit, degudament l'interès dels menors.

El segon criteri que ens interessa és «l'actitud de cadascun dels progenitors per a cooperar amb l'altre a fi d'assegurar la màxima estabilitat als fills, especialment per a garantir adequadament les relacions d'aquests amb tots dos progenitors» (art. 233-11.1c CCCat). La custòdia compartida implica haver de negociar amb l'altre progenitor les decisions que s'han de prendre (art. 233-9.2h CCCat) sobre els diferents assumptes que afecten el menor. El cost d'aquesta negociació pot acabar repercutint negativament en el mateix menor, en la mesura que aquestes negociacions poden dificultar la presa de decisions i que la seva pràctica, segons la situació familiar, pot generar tensió i conflicte entre els progenitors que acabi perjudicant el benestar del menor.³² En aquesta negociació s'ha de tenir present el grau d'informació de què disposa

30. Martin GUGGENHEIM, «What's wrong with children's rights», a Jana B. SINGER i Jane C. MURPHY, *Resolving family conflicts*, Londres, Ashgate, 2008, p. 420.

31. Són supòsits que han estat objecte de decisió judicial, per exemple, al Regne Unit (Jane FORTIN, *Children's rights and the developing law*, 3a ed., Cambridge, CUP, 2009, p. 81 i seg.).

32. Robert BAUSERMAN, «Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: meta-analytic review», *Journal of Family Psychology*, vol. 16, núm. 1 (2002), p. 91 i seg.; Àngel CARRASCO PERERA, *Derecho de familia: Casos, reglas, argumentos*, Madrid, Dilex, 2006, p. 191; Joan B. KELLY i Robert E. EMERY, «Children's adjustment following divorce: risk and resilience perspectives», *Family Relations*, vol. 52, núm. 4 (2003), p. 352-362, esp. p. 356 i seg.

Un cas molt il·lustratiu, a aquest efecte, és el que va donar lloc a la Interlocutòria del TSJC núm. 176/2012, de 17 de desembre (JUR 2013/62888). En la primera instància, l'informe pericial de l'equip tècnic del jutjat va considerar que el vincle afectiu que mantenia el menor amb el progenitor pare era molt fort i que això feia molt recomanable la custòdia compartida, i en aquest sentit va resoldre el Jutjat de Primera Instància. L'Audiència Provincial de Lleida, en canvi, va decidir la custòdia exclusiva de la mare amb un règim de visites a favor del pare amb un dia de pernocta, atesa la manca de col·laboració dels pares i el nivell d'agressivitat i tensió entre ells a l'hora de decidir qüestions de la vida diària dels menors. Un segon informe de l'equip tècnic demanat per l'Audiència Provincial va considerar inapropiada la custòdia compartida a causa de la impossibilitat de comunicació i de col·laboració que mantenien els progenitors. Aquest canvi en la mesura de guarda dels menors provocà un canvi en la pensió per aliments que havia de

cada progenitor respecte dels assumptes del menor, ja que, segons quin sigui aquest grau, els costos de la negociació també variaran i l'externalització d'aquests tindrà una repercussió major o menor en els fills.³³ La realitat demostra que la informació que transmet un progenitor a l'altre és sovint esbiaixada en funció dels seus propis interessos i deficient, i que moltes vegades s'utilitzen els fills com a transmissors de les informacions d'un progenitor a l'altre. I, tot això, malgrat que l'article 233-9.2 CCCat, en relació amb el contingut del pla de parentalitat, estableix que hi ha de constar la manera de complir el deure de compartir la informació respecte dels assumptes dels fills i la manera de prendre les decisions. És per això que nosaltres defensem que, encara que s'hagi acordat la custòdia compartida, existeix un àmbit de legitimació individual de cada progenitor per a prendre decisions de forma unilateral en els períodes en què convisqui amb els menors, quan es tracti d'assumpes no rellevants que pertanyin a la vida diària del menor.³⁴

L'apreciació d'aquesta actitud de cooperació també és subjectiva per part dels mateixos progenitors. En efecte, mentre que un d'ells pot considerar que coopera molt, l'altre pot considerar que la cooperació és mínima. Per part de l'autoritat judicial, l'apreciació d'aquesta actitud s'haurà de fonamentar en informes tècnics d'especialistes o de membres de l'equip tècnic del jutjat que determinin si existeix aquesta possible cooperació o no.³⁵ L'opinió del menor, a aquest efecte, és molt important, perquè, en cas de manca de cooperació, serà ell qui en patirà les conseqüències negatives. La seva visió d'aquesta cooperació pot ser un element determinant de la decisió que finalment adopti el jutge.³⁶ Si el jutge considera que no ha d'escollar el menor

satisfer el pare, ja que l'Audiència Provincial elevà la quantia perquè tindria els menors menys temps amb ell. El pare presentà un recurs en el qual reclamava la custòdia compartida sobre la base del vincle afectiu que unia pare i fills i exigia el pagament d'una pensió per aliments d'una quantia inferior a l'establerta per l'Audiència Provincial.

33. Margaret BRINIG, «Does parental autonomy require equal custody at divorce?», *Lousiana Law Review*, vol. 65 (2005), p. 1345 i seg.

34. Susana NAVAS NAVARRO, «L'interès del menor i models de guarda en el llibre segon del Codi civil de Catalunya», p. 265 i seg.

35. En aquesta direcció, la STSJC de 25 de juny de 2009 (RJ 2010/2359), malgrat que va posar en relleu la bondat de la custòdia compartida, va optar per denegar-la i mantenir la custòdia exclusiva a favor de la mare amb un ampli règim de visites per al pare amb la finalitat d'evitar una situació d'instabilitat per als fills, atesa la relació conflictiva que mantenien els progenitors. En el mateix sentit, vegeu la STSJC de 21 de novembre de 2011 (RJ 2012/2251) i la Interlocutòria del TSJC de 26 de gener de 2012 (RJ 2012/4311).

36. No deixa d'ésser il·lustratiu que en la STSJC de 8 de març de 2010 (RJ 2010/4018) s'afirmi que la custòdia compartida funciona bé, ja que l'únic problema que existeix és la manca de comunicació entre els progenitors divorciats. És just recordar que el criteri d'aquesta Sentència s'ha vist matisat pel mateix òrgan judicial en la STSJC de 6 de febrer de 2012 ja esmentada, on manté que no cal arribar a una situació de conflictivitat màxima i hostil entre els progenitors per a denegar la custòdia compartida: qualsevol situació de conflicte entre aquests que afecti els interessos dels menors ha de permetre denegar la custòdia compartida i optar per una custòdia exclusiva amb règim de visites.

perquè no té prou coneixement i és menor de dotze anys, qui defensa els seus interessos? De nou, ens trobem davant d'una situació en què la presència d'un tercer independent dels progenitors i de l'autoritat judicial que defensi els interessos del menor estaria més que justificada.

Un darrer criteri és la *proximitat dels respectius domicilis* on conviuran els progenitors amb els seus fills després de la ruptura, la qual cosa pot determinar un model o altre de guarda dels menors (arg. ex art. 233-11.1g CCCat). En efecte, si els domicilis i l'escola a la qual van els menors són propers, el model de custòdia compartida pot permetre una aplicació pràctica que beneficiï els menors.³⁷ Però si no és així, la custòdia compartida que potser en un primer moment els progenitors apliquen de forma entusiasta acaba esdevenint molt feixuga i, al final, perjudica més que no pas beneficia els menors.

2.2.3. L'opinió del menor com a criteri

La decisió respecte del model de guarda, tant si l'han pres els progenitors com si l'ha presa l'autoritat judicial, és un assumpte que afecta directament el menor. Per tant, se l'ha d'informar i aquest ha de poder expressar la seva opinió. Aquest és un criteri més, com figura en l'article 233-11.1e CCCat. Com a dret del menor apareix reflectit, amb caràcter general, en les normes dels articles 211-6.2 CCCat i 7 LDOIA.

El legislador català combina dos criteris perquè el menor tingui dret a ésser informat i que sigui escoltada la seva opinió i perquè, en determinats casos, tingui el dret de prendre decisions: un de subjectiu, la maduresa, el coneixement suficient, i un d'objectiu, l'edat. Aquesta, tanmateix, varia segons si es tracta d'expressar opinions o de prendre decisions. En efecte, mentre que en el primer cas l'edat mínima és de dotze anys, en el segon cas l'edat mínima és de setze anys (p. ex., art. 212-2.1 CCCat). Per sota d'aquestes edats, l'expressió de l'opinió o la presa de decisions dependran de si el menor té prou maduresa intel·lectual i emocional.³⁸

Segons l'article 233-11.1e CCCat, pel que fa al model de guarda, el menor només té dret a expressar la seva opinió; en cap cas no té dret a prendre la decisió aïlladament o amb els seus progenitors. Aquest dret d'audiència del menor té una doble vessant: extrajudicial i judicial.

L'*audiència extrajudicial* és la que té lloc en la família; per tant, els progenitors han d'informar els menors respecte del model de guarda que pensen adoptar, si han

37. En la Interlocutòria del TSJC de 19 d'abril de 2012 (RJA 2012/6134) es va valorar com a criteri la proximitat dels domicilis dels progenitors i del centre escolar de la menor, a més de la seva opinió favorable a passar temps amb tots dos, per a no admetre el recurs presentat per la mare, que demanava la custòdia exclusiva. En el mateix sentit, vegeu la STSJC de 30 de maig de 2013 (RJA 2013/6386).

38. Susana NAVAS NAVARRO, «L'interès del menor i models de guarda en el llibre segon del Codi civil de Catalunya», p. 273 i seg.

arribat a un acord, però també respecte del contingut del pla de parentalitat, així com sobre qualsevol aspecte que tingui a veure amb la seva guarda. La realitat pràctica, però, fa veure que molt sovint els progenitors obvien aquesta informació o bé és incompleta i prenen les decisions sense informar i escoltar els seus fills, o, si de cas, se'ls informa un cop ja s'ha pres la decisió. És molt significatiu que al Regne Unit, un país avançat en matèria de drets dels menors, els estudis realitzats demostren que el 56 % dels menors no han estat consultats respecte a la residència, és a dir, on viuran, en cas de ruptura dels seus progenitors; el 52 % dels menors no ho han estat sobre el règim de relacions personals amb els seus progenitors i el 58 % dels menors no ho han estat respecte del possible règim de guarda.³⁹ Si aquestes són les dades al Regne Unit, no és gaire difícil imaginar la situació al nostre país, on manquen estudis seriosos respecte a aquesta qüestió i on el paradigma en relació amb els drets dels menors i el seu exercici autònom encara no ha canviat o ha canviat molt poc.

Així, en l'àmbit privat, el dret del menor a ésser informat i escoltat respecte del model de guarda, com també respecte a qualsevol assumpte que l'afecti, és un dret que no té eficàcia i, per tant, la possible oposició del menor, quan té prou coneixement i una determinada edat, a la decisió presa —o que volen prendre els progenitors— no tindrà rellevància.

El dubte és: *qui defensa els interessos dels fills menors, si, com hem vist, existeix una contraposició inevitable d'interessos entre els dels progenitors i els d'aquells?* És cert que l'article 236-3 CCCat permet al propi fill, a d'altres parents fins al quart grau de consanguinitat o afinitat i al ministeri fiscal, instar l'autoritat judicial perquè intervingui i adopti les mesures que consideri necessàries per a evitar qualsevol perjudici personal o patrimonial al fill en potestat. Ara bé, a la pràctica, *quina d'aquestes persones insta la intervenció judicial en cas de ruptura dels progenitors, si moltes vegades ni tan sols es fa quan hi ha indicis clars de violència domèstica?* D'altra banda, els advocats tampoc no són gaire proclius a escoltar el menor i només s'entrevisten amb ell —i no sempre— quan han de preparar la seva audiència judicial.

Aquesta exclusió dels menors quasi automàtica feta pels adults en relació amb les ruptures dels seus progenitors es fa sobre la base de la seva protecció. Ara bé, els estudis fets demostren que quan s'involucra els menors, sempre en funció dels dos criteris que fa servir el legislador (l'edat i el coneixement suficient), en les decisions, aquests guanyen en seguretat i responsabilitat si senten que són ells els qui participen activament en la presa de decisions sobre aspectes vitals essencials.⁴⁰ En qualsevol cas, això no garanteix que els interessos dels menors siguin degudament defensats i respectats. En aquest sentit, entenem que la representació dels interessos del menor per

39. Gerison LANSDOWN, «The realization of children's participation rights», a Barry PERCY-SMITH i Nigel THOMAS (ed.), *A handbook of children and young people's participation*, Oxon, Routledge, 2010, p. 20 i seg.

40. Joan B. KELLY i Robert E. EMERY, «Children's adjustment following divorce», p. 352-362.

un tercer independent ho garantiria millor, ja que d'aquesta manera s'evitaria que prevalguessin els interessos dels progenitors per sobre dels interessos dels fills.⁴¹

Pel que fa a l'*audiència judicial*, si l'acord sobre el model de guarda s'ha plasmat en un document que després ha de passar l'aprovació judicial, l'article 777.5 LEC, en cas d'un procés de mutu acord, exigeix que el jutge escolti el menor, ja sigui quan el mateix jutge ho consideri o bé a instància del ministeri fiscal, dels progenitors, del mateix menor o d'un membre de l'equip tècnic de suport judicial, sempre que el menor tingui prou coneixement i sense que importi la seva edat. Per tant, en aquests processos no és preceptiu escoltar el menor, llevat que l'audiència es demani a instància d'una part. En el dret català existeix una contradicció entre aquest precepte processal i el material del CCCat (art. 211-6.2 i 233-11.1) i de la LDOIA (art. 5.2), que consideren que «sempre» s'ha d'escoltar el menor que tingui almenys dotze anys i si en té menys només quan tingui prou coneixement. Aquesta contradicció s'hauria de resoldre en favor de la llei material, i no de la processal, i, per tant, l'audiència hauria de ser «sempre» imperativa a partir dels dotze anys. La realitat dels jutjats és desconèixer aquesta audiència en els processos iniciats de mutu acord. És més, el jutge, d'acord amb el que disposen els preceptes esmentats, no pot denegar aquesta audiència. La denegació només és possible quan el menor no té encara dotze anys i no té prou coneixement.

En canvi, si es tracta d'un procés contenciós, l'article 770.4 LEC estableix que el jutge, d'ofici o a instància d'una part, ha d'escoltar els menors que tinguin prou coneixement i, en tot cas, sempre si els menors tenen més de dotze anys. Aquest dret d'audiència s'ha de fer efectiu tant en els processos de mesures provisionals prèvies (art. 771 LEC) com en els de mesures provisionals (art. 773 LEC), els de mesures definitives (art. 774 LEC) i els de modificació de les mesures definitives (art. 775 LEC). L'opinió del menor és, segons el legislador, un criteri més dels que ha de tenir en compte el jutge, ni és el prioritari ni és el determinant, i s'ha de ponderar amb els altres.⁴²

Quina posició processal ocupa el menor? S'han de distingir les pretensions que s'exerciten. Respecte de la pretensió matrimonial o les pretensions derivades del cessament de la convivència, els fills no són part, només ho són els progenitors. La decisió que l'autoritat pronunciarà per a declarar separats o divorciats els progenitors, o nul el matrimoni o el cessament de la convivència, no afecta els menors, ni tampoc les decisions relatives als aspectes patrimonials que tenen a veure exclusivament amb els

41. Felicity KAGANAS i Alison DIDUCK, «Incomplete citizens: changing images of post-separation children», *The Modern Law Review*, vol. 67, núm. 6 (2004), p. 959-981.

42. Tanmateix, la STSJ de 23 de febrer de 2012 (RAJ 2012/8765) va confirmar la sentència d'apel·lació on s'acordava la custòdia compartida atenent especialment l'opinió manifestada per la menor segons la qual volia estar setmanes alternes amb cadascun dels seus progenitors. En canvi, la STSJ de 9 de gener de 2014 (RAJ 5/2014) va entendre que l'opinió del menor respecte al canvi en el règim de custòdia que es demanava (que la custòdia exclusiva de la mare passés al pare) era més aviat un desig del menor de setze anys per a la seva comoditat que no obeïa a una justificació objectiva. Vegeu en aquest mateix volum el comentari de Marina Castells Marquès a aquesta Sentència.

progenitors. Ara bé, respecte de la pretensió relativa a la guarda i custòdia, els fills menors no hi estan simplement interessats, sinó que són subjectes afectats directament per la decisió i han de tenir la consideració de part del procés.⁴³ Aquesta pretensió s'acumula a la pretensió matrimonial i a les altres pretensions que tinguin a veure amb la ruptura. Malgrat que el menor és part en el procés, la seva intervenció processal, en la nostra LEC, és mínima: en el procés iniciat de mutu acord, només si es considera d'ofici o a instància d'una part, i en el contenciós, sempre a partir dels dotze anys, i en ambdós casos només per a expressar la seva opinió en un moment processal concret. En cap moment es troba representat al llarg de tot el procés per un tercer independent. La representació que admeten els articles 9 LOPJM i 17.1 LDOIA no és pròpiament la representació de la qual parlem, sinó que és la figura del *nuntius*, que es limita a transmetre de la forma més objectiva possible l'opinió del menor,⁴⁴ però no defensa els seus interessos. I mentre el menor no estigui representat i defensat per un tercer independent, com ho estan els progenitors pel seu advocat, l'efectivitat dels drets dels menors, la major part dels quals són drets fonamentals, serà pràcticament inexistent, malgrat el reconeixement explícit que fan les lleis dels drets de participació del menor. El procés civil s'oblida dels menors.

La qüestió ara és articular aquesta representació i defensa del menor per un tercer independent en el nostre sistema jurídic. Això intentarem en l'epígraf tercer d'aquest treball.

2.3. CONCLUSIONS

La presentació dels criteris, sense que tingui caràcter exhaustiu, que el legislador ha considerat que cal reflectir en l'article 233-11.1 CCCat, juntament amb d'altres que es poden extreure de la pràctica, aboca a tot un seguit de conclusions que expossem a continuació.

a) El model de custòdia compartida, que és el model de custòdia preferent en la *mens legislatoris*,⁴⁵ parteix d'un model familiar previ en què els progenitors ja compartien les decisions i les tasques de la vida diària dels menors; en què els progenitors tenen horaris laborals i personals flexibles; en què els domicilis es troben geogràficament a prop i l'escola dels fills també és a prop o relativament a prop dels respectius

43. Raquel CASTILLEJOS MANZANARES, *Guarda y custodia de hijos menores: Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho*, Madrid, La Ley, 2007, p. 71; Juan MONTERO AROCA, *Guarda y custodia de los hijos*, València, Tirant Lo Blanch, 2001, p. 206.

44. Susana NAVAS NAVARRO, «L'interès del menor i models de guarda en el llibre segon del Codi civil de Catalunya», p. 280-281.

45. Stephen GILMORE, «Contact/shared residence and child well-being: research evidence and its implications for legal decision-making», *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 20 (2006), p. 344-365.

domicilis; i en què els progenitors per a poder tenir aquest horari flexible han de tenir un determinat nivell d'estudis (mitjà i superior) i una independència econòmica suficient per a poder fer front a les despeses dels fills, que dependran dels seus propis ingressos, i no del pagament d'una prestació compensatòria o alimentària. I, en la realitat, aquest esquema sol fallar o pateix quan intervé un tercer amb el qual un dels progenitors vol formar una segona nova família. A més, no és l'esquema típic de família de la societat catalana ni de l'espanyola.⁴⁶

b) El model de custòdia compartida implica una relació cordial i d'amistat entre els progenitors per a poder col·laborar i estar en permanent contacte per a prendre decisions. I si bé és cert que segons les estadístiques esmentades hi ha més ruptures consensuades que no pas ruptures contencioses, això no vol pas dir necessàriament que els progenitors mantinguin cap relació, ni que sigui cordial.⁴⁷ Moltes vegades aquesta relació cordial es deu a la feina ben feta dels advocats de família.

c) L'aplicació pràctica dels criteris fa evident una certa, i de vegades important, innegable contraposició d'interessos entre els interessos dels progenitors i els dels fills. No sempre són compatibles, i tot i que les lleis consideren que l'interès superior és sempre el del menor, aquest és defensat en teoria per adults, els seus progenitors, que es troben involucrats en una situació personal emocional de diversa intensitat que fa difícil discernir els propis interessos dels del menor. Els drets del menor acaben sent defensats per adults «interessats».⁴⁸ Aquí és on ens plantejem la necessitat que el menor estigui representat i defensat per un tercer independent dels propis pares, ja que, tot i que la legislació recull el dret del menor a ésser informat i escoltat en les decisions que l'afectin en qualsevol àmbit, la realitat de les famílies demostra que, en cas de ruptura, el primer que fan els progenitors és allunyar els fills de la crisi, en lloc d'informar-los-en d'acord amb les seves capacitats i edat i, segons aquestes, demanar-los la seva opinió. Prenen la decisió sense consultar el menor, sense informar-lo i encara menys demanar-li la seva opinió, i quan se l'hi demana es fa de forma retòrica, perquè la decisió ja s'ha pres, i no s'acostuma a revisar amb posterioritat, encara que el menor hagi manifestat la seva voluntat contrària. La llibertat d'expressió del menor es veu com una amenaça al «poder» del progenitor.⁴⁹

d) La custòdia compartida, com a custòdia «ideal», es basa en un comportament ideal dels progenitors que implica un benestar ideal per als menors involucrats, però

46. Vegeu les dades estadístiques de l'any 2007 a <<http://www.idescat.cat/cat/idescat/serveis/premsa/ed2007ds.pdf>> [consulta: abril 2013].

47. Vegeu les sentències del TSJC de 8 de març de 2010 (RAJ 2010/4018) i 6 de febrer de 2012 (RAJ 2012/5922).

48. Andrew BAINHAM, *Children: The Modern Law*, 3a ed., Bristol, Family Law, 2006, p. 575.

49. Toby FATTORE, Jan MASON i Elizabeth WATSON, «Children's conceptualisation(s) of their well-being», *Social Indicators Research*, vol. 80 (2007), p. 5-29; Geraldine VAN BUREN, «Crossing the frontier - the international protection of family life in the 21st century», a Nigel LOWE i Gillian DOUGLAS (ed.), *Family across Frontiers*, l'Haia, Boston i Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 819.

deixa de ser-ho quan es contrasta amb la realitat de les famílies. És per això que ens sembla que el legislador català no hauria d'haver apostat tan clarament pel model de custòdia compartida, sinó que hauria d'haver adoptat una redacció similar a la de la Llei foral de Navarra 3/2011, de 17 de març, sobre custòdia dels fills en els casos de ruptura de la convivència dels pares,⁵⁰ o a la del Codi civil del Quebec (art. 514 i 521), on el legislador no presenta un model concret, sinó que admet el model que s'atingui millor al cas concret i a les circumstàncies dels progenitors i fills tenint present que l'interès dels menors és el prioritari.⁵¹

3. PROPOSTA DE PARTICIPACIÓ EFECTIVA DEL MENOR FORA DEL I EN EL PROCÉS CIVIL

Com hem posat en relleu, quan sobrevé una crisi matrimonial o de la convivència s'han de decidir diverses qüestions tant de caràcter personal com de caràcter patrimonial que fan difícil separar degudament les diferents relacions jurídiques existents i els subjectes implicats en aquestes.⁵² Així, els fills acaben essent un «aspecte més» per resoldre juntament amb els altres aspectes de la crisi.⁵³ En aquesta situació psicològica, emocional i jurídica, que podríem qualificar de confusa, els pares són, a més, els representants dels fills menors d'edat o majors incapacitats. Per tant, s'han de cuidar no només dels seus propis interessos, sinó també dels interessos aliens, els dels fills, i han d'actuar sempre en benefici d'aquests. Ara bé, no sempre els pares es troben en les millors condicions personals per a poder prendre decisions que afecten directament el benestar dels seus fills i, com hem manifestat, sovint els interessos dels fills acaben competint amb els dels propis pares.⁵⁴ En aquest sentit, pensem que els interessos dels menors estarien més ben protegits i defensats si aquests tinguessin una representació i una defensa independents, dutes a terme per un tercer, la qual cosa, al seu torn, evitaria captacions de la voluntat dels fills i faria molt més difícil que es donés la tristament coneguda síndrome d'alienació parental.⁵⁵

50. BOE, núm. 87 (12 abril 2011).

51. En la mateixa línia es troba la *Loi sur le divorce* del Canadà, de 13 de febrer de 1986, modificada el 31 de maig de 2007 (art. 16). Es pot consultar a: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/D-3.4>>.

52. Així ho destaquen José CANTÓN DUARTE, «Adaptación de los hijos de divorciados», a M. del Carmen GARCÍA GARNICA (dir.), *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Pamplona, Aranzadi, 2009, p. 92 i seg.; M. Paz RODRÍGUEZ ARREDONDO, «Padres de primera y segunda categoría: los puntos de encuentro familiar», a M. del Carmen GARCÍA GARNICA (dir.), *La protección del menor en las rupturas de pareja*, p. 219-220.

53. Robert J. LEVY, «Custody law and the ALI's principles», p. 82.

54. Felicity KAGANAS i Shelley Day SCLATER, «Contact disputes: narrative constructions of goods parents», *Feminist Legal Studies*, vol. 12 (2004), p. 1-27.

55. Luis MIGUEL COLUMNA, «Interferencias parentales: el síndrome de alienación parental», a M. del Carmen GARCÍA GARNICA (dir.), *La protección del menor en las rupturas de pareja*, p. 103 i seg.

El dubte que sorgeix immediatament és: *qui podria ser aquest tercer?* Per a poder respondre adequadament aquest interrogant és convenient distingir, en principi, dues situacions. La primera té lloc quan es planteja la ruptura dels progenitors en el si de la parella i de la família i no s'ha iniciat cap procés matrimonial respecte a aquesta situació, és a dir, estem en l'esfera extrajudicial. Cal recordar que tant l'article 12 CNUDI com els articles 9 LOPJM i 17.1 LDOIA estableixen el dret del menor a participar en totes les decisions que l'afecten, tant si són personals com si són patrimonials, i tant si és en un procés judicial o en un procés administratiu com si és fora d'aquests. Aquesta participació es limita al fet que el menor ha d'ésser informat i ha de poder expressar les seves opinions, la qual cosa pot fer, segons els mateixos preceptes, per ell mateix, pels seus representants (els pares) o per una persona de la seva confiança que ell designi. Qualsevol d'aquestes persones, incloent-hi els pares, s'ha de limitar, com hem destacat més amunt, a transmetre l'opinió del menor de la forma, en principi, més objectiva possible, la qual cosa no sempre és fàcil, i menys quan són els mateixos pares els qui l'han de transmetre i l'opinió del fill s'enfronta amb els propis interessos. Però el que ens interessa remarcar és que la intervenció del tercer no és una intervenció, o almenys així la considera la llei, en defensa i protecció dels interessos del menor i garantia de l'exercici dels seus drets, sinó que és una intervenció semblant a la d'un *nuntius*: és un mitjà de transmissió d'una opinió aliena. Aquest no és, doncs, el supòsit que nosaltres plantejem, ja que nosaltres partim d'una contraposició d'interessos entre els progenitors i els fills menors; en conseqüència, la intervenció del tercer ha d'ésser una intervenció *pro parte*, és a dir, en defensa dels interessos dels menors.

L'article 236-20 CCCat regula el supòsit de conflicte d'interessos entre progenitors i fills, cas en el qual s'ha de nomenar un defensor judicial (art. 224-1 CCCat). Aquest conflicte d'interessos no necessàriament ha d'ésser un conflicte de caràcter patrimonial, sinó que pot ser un conflicte de caràcter personal o familiar i personal.⁵⁶ En cas de ruptura dels progenitors, potencialment, per hipòtesi, aquest conflicte existeix. És un conflicte que s'acostuma a rebaixar a mer «desacord» quan, de fet, estan en joc els drets fonamentals dels menors, mentre que els conflictes patrimonials normalment no tenen a veure amb aquells. Per tant, el jutge hauria de nomenar sempre un defensor judicial. Segons l'article 224-2.1 CCCat, aquest nomenament es pot fer d'ofici o a petició del ministeri fiscal, del tutor, del curador, del mateix menor o de qualsevol persona amb un interès legítim en el procés. És evident que el mateix menor no demanarà al jutge que se li nomeni un defensor judicial, ni tampoc no ho acostu-

56. A favor de limitar el supòsit a un pur conflicte patrimonial i deixar la contraposició d'interessos personals com un mer «desacord» es postula M. Elena LAUROBA LACASA, «Comentario al art. 224-1 CCCat», a Encarnación ROCA TRIAS i Pascual ORTUÑO MUÑOZ, *Persona y familia*, p. 367. En canvi, admeten el plantejament que fem en el text: Carles FLORENSA i TOMÀS, *El defensor judicial*, Madrid, Civitas, 1990, p. 95; Jerónimo GONZÁLEZ, «El defensor judicial», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1930), p. 200; M. Corona QUESADA GONZÁLEZ, *La tutela y otras instituciones de protección de la persona (Un estudio de sentencias, autos y resoluciones)*, Barcelona, Atelier, 2004, p. 219.

men a fer les persones de la seva confiança, sovint per desconeixement. Tampoc no ho demanen els advocats que s'estan ocupant dels aspectes patrimonials de la ruptura, ni ho acostumen a fer els especialistes, com ara els psicòlegs, que aconsellen o tracten els progenitors, algun d'ells o els fills, llevat potser que es tracti d'un cas de violència domèstica. I també resulta evident que els progenitors no ho demanaran.

Això aboca a una conseqüència: l'única forma de garantir que el menor pugui exercir els seus drets i que els seus interessos siguin respectats i protegits és establir una norma, en matèria d'efectes derivats de la separació, la nul·litat del matrimoni o el divorci, i en matèria d'efectes derivats del cessament de la convivència estable, àdhuc en matèria de potestat parental, on s'estableixi el deure dels progenitors, en el moment que decideixen posar fi a la seva relació personal, de demanar el *nomenament d'un defensor judicial* per al seu fill o els seus fills. En cas de no fer-ho, els progenitors serien responsables dels possibles danys (morals i materials) que l'omissió d'aquest deure hagués ocasionat als menors. Com que el nomenament ha de recaure en la persona que l'autoritat judicial cregui més idònia (art. 224-2.2 CCCat), aquest defensor hauria de ser una persona que, en l'exercici de la seva professió, estigués, tant des d'un punt de vista teòric com des d'un punt de vista pràctic, en contacte amb els menors, les seves situacions i els seus drets. Així, no hauria de tractar-se de cap membre de la família, sinó d'un tercer aliè, com ara un assistent social, un membre de l'equip tècnic del jutjat o un especialista designat pels col·legis professionals corresponents. El defensor judicial hauria d'estar present en les sessions amb els progenitors en què es tractessin els aspectes que afecten els menors, tant si hi són els seus advocats com si no hi són i tant si s'ha iniciat un procés de mediació com si no s'ha iniciat. En aquest cas, la LMDP estableix que el menor pot intervenir en el procés de mediació de forma independent i amb la seva pròpia defensa (art. 4.2). La nostra opinió és que això hauria de ser sempre així i hauria de ser independent de la seva edat, o, més ben dit, amb més motiu hauria de ser així quan el menor no és un adolescent. Precisament, la majoria de menors considerats adolescents poden defensar-se ells mateixos, tot i que entenem que el defensor judicial també hauria d'ésser preceptiu en aquests casos. En canvi, quan es tracta de menors infants no s'admet aquesta intervenció d'un tercer per a defensar els interessos d'aquests, tot i que és quan, precisament per la seva curta edat i capacitat intel·lectual, seria més necessària l'actuació del defensor judicial, el qual en la relació amb el menor s'hauria d'adaptar a la seva edat i al seu grau de maduresa.

Es podria també considerar la possibilitat que, en els pactes extrajudicials o fora de conveni que acordessin els progenitors, s'inclogués una estipulació en què es digués que el menor ha de tenir la representació d'un defensor judicial, o bé aquest signés directament el document en què es reflecteixen per escrit els pactes, o bé s'adjuntés a aquest document un annex signat pel defensor en què es fes constar la seva intervenció en defensa dels interessos del menor.

Com que, més tard o més d'hora, la ruptura de la parella abocarà a un procés judicial i aquest es pot iniciar de mutu acord o de forma contenciosa, l'actuació del

defensor judicial hauria de ser diferent en un cas i en l'altre. En el primer supòsit, com que no hi ha pròpiament parts del procés, no hi ha un demandat i un demandant, el defensor judicial hauria d'intervenir en la fase prèvia a l'inici pròpiament del plet, o sigui, en el moment d'acordar el contingut del conveni regulador que després es presentarà per a la seva homologació o aprovació judicial i col·laborant amb l'advocat o els advocats dels progenitors. En el segon supòsit, el defensor judicial hauria de sol·licitar el nomenament d'un advocat i un procurador d'ofici que defensessin el menor i amb els quals hauria de col·laborar estretament, llevat que el menor pogués dur a terme la seva pròpia defensa i representació. En aquest cas, la col·laboració entre el defensor judicial i l'advocat de la part es fa igualment imprescindible. Ara bé, si els progenitors no haguessin demanat el nomenament del defensor judicial, en el moment de la ruptura hauria de ser el jutge qui, quan s'iniciés el procés i tant si es tractés de mesures prèvies com si es tractés de mesures provisionals que han de regir durant el procés o de mesures definitives, o bé amb posterioritat per a la modificació de les mesures definitives, d'ofici nomenés per al menor el defensor judicial o bé directament sol·licités el nomenament d'un advocat d'ofici si el menor no pot comparèixer amb una defensa i una representació independents, la qual cosa no tindrà lloc en la major part dels casos.

Aquesta proposta implicaria, doncs, no només la modificació de les lleis civils, com ara el CCCat, la LMDP o el CC, sinó també la de les lleis de protecció dels menors, com la LOPJM, la LDOIA, la LEC en relació amb els processos matrimonials i les normes sobre protecció de les víctimes de violència de gènere, com la Llei 27/2003, de 31 de juliol, reguladora de l'ordre de protecció de les víctimes de la violència domèstica⁵⁷ (art. 2), i la Llei orgànica 1/2004, 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere,⁵⁸ on no es considera l'audiència dels menors malgrat que hagin estat víctimes (directament o indirecta), i molt probablement la Llei 1/1996, de 10 de gener, d'assistència jurídica gratuïta, modificada recentment pel Reial decret llei 3/2013, de 22 de febrer,⁵⁹ en el sentit de reconèixer de forma immediata als menors el dret a l'assistència jurídica gratuïta. Això obligaria a redefinir la figura i la funció del ministeri fiscal, a partir del seu estatut, el qual podria comparèixer més com a garant de la legalitat que com a defensor dels drets i els interessos dels infants i adolescents.

La proposta que fem no hauria de sobtar gaire, d'una banda perquè a Catalunya ja tenim el precedent de la LMDP, que admet aquesta possibilitat, com hem destacat, i d'altra banda perquè Espanya va signar el 5 de desembre de 1997, per bé que encara no l'ha ratificat, el Conveni del Consell d'Europa sobre l'exercici dels drets dels me-

57. BOE, núm. 183 (1 agost 2003).

58. BOE, núm. 313 (29 desembre 2004).

59. BOE, núm. 47 (23 febrer 2012).

nors, del 1996,⁶⁰ que va néixer justament com a complement processal de la CNUDI i estableix en els articles 3, 4 i 5 el dret del menor a designar el seu propi representant i defensor i a intervenir amb aquest en tots els processos en què el menor sigui part o en què es tractin qüestions que afectin directament o indirecta els seus drets, i l'article 9 admet la facultat de l'autoritat judicial de nomenar un representant al menor per a la defensa dels seus interessos. A més, també cal tenir present l'article 6 de la Convenció de Roma per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals,⁶¹ que estableix el dret a participar tant en processos civils com en processos penals, i aquest és un precepte que s'aplica tant a persones adultes com a menors d'edat, i també a les persones majors o menors incapacitades. En aquesta línia sembla que s'inspira l'article 17.1 LDOIA quan admet com a regla general que siguin els mateixos menors qui defensin i exerceixin per ells mateixos els seus propis drets. Si hi ha contraposició d'interessos, segueix el precepte, no podran exercir i defensar els seus drets mitjançant els seus representants legals, és a dir, els progenitors. Per tant, la LDOIA admet qualsevol contraposició d'interessos, i no només una de caire patrimonial. És un precepte que té aplicació directa i efectiva al cas que ens ocupa.

Països com el Regne Unit o Austràlia, els sistemes jurídics dels quals ha tingut tan present el legislador català, sobretot el del segon, admeten que el jutge, en un procés en cas de ruptura dels progenitors, si considera que els interessos dels menors no estan prou salvaguardats pels pares, nomeni un advocat als menors perquè els seus interessos estiguin defensats per un tercer independent.⁶² El mateix estableix l'article 146 del Codi civil suís.⁶³

Com a conclusió, volem també posar en relleu que es considera normal, tant pel legislador com pels adults concernits (p. ex., els jutges, els fiscals, els progenitors, els ciutadans en general), que el menor intervingui en els processos que l'afecten amb la seva pròpia defensa i representació, ja sigui com a presumpte autor de fets tipificats com a delictes o faltes en el Codi penal o en lleis especials (art. 17 i 38 de la Llei orgànica 5/2000, reguladora de la responsabilitat penal dels menors [LRPM]),⁶⁴ ja sigui com a víctima (art. 4 LRPM), i, en canvi, que sigui tan difícil d'acceptar la intervenció del menor en un procés civil. També ens sorprèn que sembli normal que el presumpte

60. Font oficial: <<http://conventions.coe.int/>> (consulta: abril 2013).

61. <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/Convention_ENG.pdf> (consulta: abril 2013).

62. Respecte del Regne Unit, vegeu Andrew BAINHAM, *Children: The modern law*, p. 575 i seg. Per la seva banda, la *Family Law Act* australiana admet, en la secció 68L, que el menor estigui representat en el procés per un advocat independent dels seus progenitors. És més, si el tribunal ho considera necessari, pot ésser ell mateix qui ordeni la seva representació per aquest advocat independent.

63. Michelle COTTIER, «Verfahrensvertretung des Kindes im Familienrecht der Schweiz: aktuelle Rechtslage und Reformbedarf», *Familien Praxis*, vol. 9 (2008), p. 125 i seg.

64. BOE, núm. 11 (23 gener 2000).

incapaç adult⁶⁵ o el presumpte pròdig adult (art. 758 LEC) intervingui en el procés en què es discuteix la seva incapacitació o la seva prodigalitat i, consegüentment, es nomeni una institució de guarda de la seva persona i/o del seu patrimoni, i, en canvi, no s'admeti que un menor pugui intervenir en els mateixos termes quan també es troben en joc els seus drets fonamentals, com en el cas dels primers. Encara més, l'article 18.1 de la Llei 19/1998, de 13 de juliol, de la jurisdicció contenciosa administrativa, admet la capacitat processal dels menors d'edat per a la defensa dels seus drets i interessos legítims sense necessitat d'assistència de cap persona, ni tan sols dels seus progenitors. I, finalment, els apartats 2 i 3 de l'article 16 de la Llei 36/2011, de 16 d'octubre, reguladora de la jurisdicció social, admeten la capacitat processal dels menors majors de setze anys per a defensar els seus drets laborals i sindicals derivats del seu contracte de treball.

Aleshores, per què és tan difícil d'acceptar la capacitat processal dels menors d'edat en els processos civils amb una representació independent de la dels progenitors? Quins trets presenta el procés civil que el fan tan diferent de l'efecte de la intervenció dels menors en processos que afectin menors, administratius i laborals, per a mantenir encara aquesta intervenció mínima dels menors en el procés civil?

65. De fet, quan l'art. 221-1 CCCat fa referència als adults incapaços com les persones que «no es poden governar per elles mateixes», fa servir una definició que perfectament es podria aplicar als menors d'edat en general.